

NOTAS SOBRE "LA VOLUNTAD DEL TESTADOR"

JOSÉ M. MIQUEL GONZÁLEZ*

A mi querido y admirado maestro Luis Díez-Picazo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. VOLUNTAD HIPOTÉTICA Y VOLUNTAD REAL. III. VOLUNTAD EXPRESADA Y VOLUNTAD NO EXPRESADA. IV. VOLUNTAD AL TIEMPO DE OTORGAR TESTAMENTO Y VOLUNTAD ULTERIOR.

I. INTRODUCCIÓN

La voluntad del testador constituye un topos invocado frecuentemente para obtener determinadas soluciones a despecho de sus diversos sentidos y de los diferentes momentos a los que cabe referirla. La reflexión sobre este tema permite comprobar la presencia de indudables elementos sociales que influyen decisivamente en la búsqueda de la voluntad del testador. Familia y propiedad configuran la realidad social de manera tan intensa que suelen influir en la determinación de la que será considerada voluntad del testador. Así gran parte de la doctrina la utiliza hiperbólicamente como coartada para socavar la igualdad que la legítima representa¹. Ante esta tendencia hay que decir que una decisión en favor de la libertad de testar y en contra de la legítima no corresponde al intérprete, porque es una elección de política legislativa que en un Estado de derecho incumbe al poder legislativo. Si las convicciones de los intérpretes sobre familia y propiedad influyen indebidamente a la hora de determinar la voluntad del testador, los principios constitucionales y del Código civil configuran de manera ineludiblemente vinculante el marco dentro del que

* Catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹. Véanse las acertadas observaciones de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa", *ADC* 1995, p. 1105 y ss. También su "Comentario a la STS 6.4.1998", *CCJC*, p. 1303.

esa voluntad ha de ser reconocida. A nadie se le oculta que la diversidad legislativa existente en nuestro país en materia de sucesiones se reconduce claramente a las diferentes estructuras familiares en relación con la propiedad.

La voluntad del testador es una expresión plurivalente. No se discute que sea ley de la sucesión si se respetan forma, capacidad, legítimas y cualesquiera prohibiciones². Naturalmente la voluntad ha de ser libre (art. 673) y exenta de causas o motivaciones erróneas determinantes (art. 767). Las motivaciones determinantes son más atendibles en el testamento que en los contratos, porque en él no hay que proteger ninguna confianza de otros sujetos y la voluntad no ha de retroceder ante ella, como, por el contrario, sucede en los contratos³. En caso de laguna, determinar la regla negocial en el testamento mediante una voluntad (irreal) del testador (medio) depende en muchos casos de las convicciones sociales sobre lo que sea normal⁴. Hay un evidente componente social en la expresión "la voluntad del testador" a pesar de su aparente carácter individualista.

Como el título de este trabajo pudiera engendrar otras expectativas, debo aclarar que solamente intento exponer algunas ideas sobre este topos en relación con ciertos problemas que se suscitan en nuestra práctica y que han obtenido diversas respuestas en nuestros tribunales. La idea motriz de estas reflexiones es la necesidad de precisar los diferentes significados de la expresión "la voluntad del testador", porque su invocación conduce a argumentaciones aparentemente convincentes, que dejan de serlo en cuanto se comprueba que con la expresión citada se alude a fenómenos diversos.

Me parece por ello conveniente exponer, en relación con algunos problemas, diversas contraposiciones en las que la expresión la voluntad del testador tiene distintos significados.

² No vincular bienes más allá de los límites de las sustituciones fideicomisarias, no establecer disposiciones captatorias, usufructos que excedan los límites de las citadas sustituciones, condiciones inmorales, imposibles etc. Véase, VALLET DE GOYTISOLO, "La voluntad del causante ley de la sucesión", en *Libro homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca 1984, p. 715 y ss.

³ FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid 1998, trad. MIQUEL-GÓMEZ CALLE, p. 397. JORDANO BAREA, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, IX. Madrid 1990, p.210-211.

⁴ Así, a pesar de la igualdad de los hijos, algunas sentencias y algunos autores se inclinan a interpretar la voluntad del testador de manera que los extramatrimoniales no obtengan los derechos que en rigor les corresponden.

II. VOLUNTAD HIPOTÉTICA Y VOLUNTAD REAL.

En ocasiones se habla de la voluntad del testador sin precisar bien si se está hablando de una voluntad real, averiguada por medio de interpretación, esto es, de la voluntad de un testador concreto⁵ o de una voluntad obtenida por medio de una regla de integración, es decir, de una regla que considera voluntad del testador lo que, a juicio de la ley, en un supuesto dado es normalmente voluntad de los testadores. En este caso se habla de una voluntad irreal, que no ha sido probada en relación con un testador concreto, ni siquiera por medio de presunciones⁶. Una voluntad tácita también es una voluntad real de un sujeto determinado si se contiene implícitamente en una declaración suya, entendido el término declaración en un sentido amplio⁷. La expresión voluntad presunta se utiliza a veces en el sentido de una voluntad supuesta por la ley como normal al establecer una regulación determinada y entonces es una voluntad irreal referida a un testador concreto y otras veces como voluntad real de un sujeto determinado obtenida por medio de presunciones y no de una manera directa.

El diverso valor de la "voluntad del testador" puede comprobarse con algunos ejemplos en los que se debe distinguir la voluntad real de la voluntad hipotética o irreal. Si se tiene clara esta distinción aparece con toda nitidez, por ejemplo, la relación entre derecho de acrecer y sustitución vulgar o la razón por la que el derecho de acrecer no se da en la mejora, a pesar de que en ella quepan gravámenes y sustituciones a favor de otro descendiente.

⁵ Acertadamente PUIG BRUTAU, "La interpretación del testamento en la jurisprudencia", en *AAMN* XIII, p.521 distingue la voluntad de un testador concreto y la que se desliga de un sujeto determinado. A esta última la llama "presunta". Ahora bien parece preferible hablar de una voluntad real y de otra irreal o supuesta por la Ley. La voluntad real puede ser obtenida también por presunciones de hombre y en ese sentido ser presunta.

⁶ VON LÜBTOW, *Erbrecht*, I Berlín 1971, p. 295, prefiere hablar de voluntad irreal a voluntad presunta o hipotética cuando se trata de la integración del testamento. "La voluntad presunta o hipotética, dice, es una voluntad real aunque no plenamente probada. En la interpretación integradora del testamento no se busca una voluntad verdadera, cuya inexistencia no se discute, sino que trata de determinar lo que el testador, si hubiera conocido las circunstancias que ignoró cuando hizo testamento, habría dispuesto con seguridad o presumiblemente. Hay pues también una voluntad irreal hipotética (presunta), concretamente cuando las circunstancias solamente permiten presumir, pero no de manera inequívoca, lo que el testador habría declarado. La expresión voluntad irreal no es correcta, porque no existe. Se habría formado con conocimiento de la verdadera situación y el testador la habría declarado. A pesar de todo por brevedad hay que utilizarla".

⁷ Por ejemplo, la sustitución vulgar tácita comprendida en una pupilar, que es el caso tratado en la famosa causa Curiana.

La razón de la prevalencia de la sustitución sobre el derecho de acrecer es la misma por la que, a pesar de caber gravámenes y sustituciones en la mejora a favor de un descendiente, en ésta no procede el derecho de acrecer⁸. Es una razón sencilla. Cuando hablamos de sustitución nos referimos a una voluntad real de un testador concreto, cuando hablamos de derecho de acrecer aludimos a una voluntad irreal que el legislador supone en los testadores normalmente. La voluntad real se halla por medio de reglas de interpretación, la voluntad irreal por medio de reglas de integración.

En efecto, cuando se cuestiona si la sustitución vulgar es preferente al derecho de acrecer se olvida que la primera se apoya en una voluntad real y el segundo en una hipótesis sobre la voluntad y que, por ello, es segura la prioridad de la sustitución. Así por ejemplo, CÁMARA, dice: “.. el Código civil no sólo no da preferencia a la sustitución vulgar sobre el derecho de acrecer, sino que más bien parece presuponer lo contrario. El artículo 986 dice que en la sucesión testamentaria cuando no tenga lugar el derecho de acrecer la porción vacante del instituido, a quien no se hubiera designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador que la recibirán con las mismas cargas y obligaciones. Sin embargo, no puede darse valor absoluto al precepto, en el sentido de que el derecho de acrecer excluya a la sustitución. Precisamente, porque el derecho de acrecer se funda en la presunta voluntad del testador, sería un contrasentido que si el testador ha dispuesto lo que debe hacerse para el caso de que falte uno de los llamados, no se haga lo que él ha ordenado. Así pues, la inexistencia del sustituto es uno de los presupuestos del derecho de acrecer que hay que añadir a los señalados por el artículo 982”⁹. CÁMARA, como la generalidad de la doctrina, llega a la solución correcta, aunque después de haber supuesto que el art. 986 presupone que el derecho de acrecer excluye a la sustitución. En verdad, ni siquiera la letra del art. 986 presupone la preferencia del derecho de acrecer, porque el supuesto de hecho de este artículo es que no proceda el derecho de acrecer. Mal puede deducirse del art. 986 una preferencia del derecho de acrecer sobre la sustitución, si el supuesto del precepto es que no proceda el derecho de acrecer. La colisión entre sustitución y derecho de acrecer exige obviamente que se de el supuesto de hecho de ambos. Por ello el precepto, que dice “cuando no tenga lugar el derecho de acrecer”, no establece de ninguna manera la preferencia de éste sobre la sustitución vulgar. Se trata solamente de una apresurada lectura del

⁸. La doctrina dominante desde los años 40 del siglo XX entiende lo contrario sin respetar el art. 985. La STS 26.12.1989 entendió, por el contrario, que no procede el derecho de acrecer en la mejora.

⁹. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil, IV, Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid 1990, p. 46.

art. 986¹⁰. CÁMARA habla de voluntad presunta, pero también esta expresión puede inducir errores, porque en el derecho de acrecer no se trata de una voluntad real obtenida por presunciones de hombre. Se trata más bien de una hipótesis legal para integrar el testamento, no de una voluntad real de un testador concreto averiguada por presunciones¹¹. Por lo demás, se menciona primero a la sustitución en el art. 888: "...fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer"; y en el art. 912-3º: "sin tener sustituto y sin que tenga lugar el derecho de acrecer". El art. 986, dentro de una sección que trata del derecho de acrecer, regula cuándo la porción vacante del instituido pasa al sucesor abintestato. Pueden darse dos hipótesis: 1) que proceda el derecho de acrecer, en cuyo caso no se da el supuesto de hecho del art. 986; 2) que no proceda el derecho de acrecer, lo que a su vez puede ser a) porque no se den sus propios requisitos (conjunción de llamamientos etc.) b) porque exista un sustituto vulgar. La consecuencia es que pase la porción vacante al sucesor intestado en el subcaso a), pero no en el subcaso b). Por eso el precepto, después de decir que parte de que no proceda el derecho de acrecer, ha de aludir al subcaso b) para negar que en él se llame al sucesor abintestato, pero no regula una colisión entre derecho de acrecer y la sustitución. No hay ninguna contradicción entre los arts. 888 y 912-3º, por una parte, y el art. 986, por otra. Todo ello se confirma sin ninguna duda si se tiene presente que la sustitución se establece por la voluntad real del testador y el derecho de acrecer por la ley partiendo de una hipótesis sobre la voluntad del testador, que, por consiguiente, es una voluntad irreal en cuanto referida al testador concreto¹².

¹⁰. Leyendo el precepto a contrario, esto es, cuando tenga lugar el derecho de acrecer, la consecuencia es que no será llamado el sucesor abintestato, pero de ninguna manera puede leerse a contrario que cuando tenga lugar el derecho de acrecer, no proceda la sustitución. Lo que dispone el precepto es para el caso de que no proceda el derecho de acrecer, y precisamente uno de los supuestos en que no procede es que exista un sustituto vulgar para cubrir la vacante. Así pues se trata de una lectura errónea la que hace decir al art. 986 que el derecho de acrecer va por delante de la sustitución.

¹¹. Sobre el tema hace interesantes consideraciones Antonio GÓMEZ, en *Comentarium, variarum resolutionum Iuris civilis*, Salamanca 1579, I, X, 36. Cuestiona también A. GÓMEZ si la sustitución vulgar *tácita* implícita en la sustitución pupilar es preferida al derecho de acrecer y opina afirmativamente porque la llamada mediante el derecho de acrecer se produce sólo por la ley en virtud de la voluntad remota del difunto apoyada en una conjetura.

¹². VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*, I, 2ª ed. Madrid 1987, p. 118, acepta que es preferible decir, en lugar de voluntad presunta, voluntad objetivamente valorada por la fórmula usada en el llamamiento testamentario. No obstante, entiende que el resultado es el mismo: esa valoración, dice, resulta de la expresión testamentaria de la voluntad del testador, y por lo tanto, queda confirmada o modificada por la que, según el tenor del mismo testamento, resulte ser la verdadera voluntad del testador.

Del mismo modo se argumenta sin distinguir el sentido de ambas voluntades cuando, para apoyar la procedencia del derecho de acrecer en la mejora, en contra del claro criterio del art. 985 opuesto a dicho acrecimiento¹³, se dice que si en la mejora caben sustituciones y gravámenes a favor de otro descendiente, que es lo más, con mayor razón cabrá el derecho de acrecer, que es lo menos y que también se apoya en la voluntad del causante¹⁴. No se tiene en cuenta al argumentar así que establecer sustituciones y gravámenes sobre la mejora requiere una voluntad real de un testador concreto, pero para el derecho de acrecer basta una voluntad hipotética. Dada la superior fuerza de la voluntad real sobre la hipotética no es válido argumento decir que si caben sustituciones y gravámenes (establecidos por voluntad real) en la mejora, también el derecho de acrecer (establecido por una voluntad hipotética). Este argumento no es aceptable porque equipara dos sentidos de la expresión “la voluntad del testador” que según la ley tienen distinta eficacia. Olvida también que la igualdad es el principio entre los herederos forzosos, *mientras no se disponga lo contrario* y que para disponer lo contrario se exige una voluntad efectiva del testador y no la supuesta por la ley para establecer el derecho de acrecer. Sin duda, el testador puede ordenar que proceda el derecho de acrecer entre comejorados, pero si no lo hace, la ley no integra el testamento aumentando la desigualdad entre los hijos por efecto de sus reglas sobre el derecho de acrecer y así lo dispone claramente el art. 985. En efecto, el art. 985 es suficientemente claro al limitar el derecho de acrecer entre herederos forzosos a la parte de libre disposición, que por mucho que se quiera no es la mejora. Una cosa es que a ciertos efectos la mejora sea como el tercio de libre disposición entre los hijos y descendientes y otra que sea el tercio de libre disposición, que es el aludido inequívocamente por el art. 985 al limitar la procedencia del derecho de acrecer entre herederos forzosos. Hablar de voluntad del testador en cuanto al derecho de acrecer en la mejora requiere precisar si nos referimos a una disposición del testador que previendo la premoriencia, indignidad o repudiación de uno de los mejorados dispone que su parte acrezca al otro, o a que no habiendo dicho nada el testador para tal caso, la ley suponga su voluntad de que se produzca el derecho de acrecer. Si nos referimos a lo primero, nadie duda de su posibilidad, y es lo mismo que establecer sustituciones y análogo también a imponer gravámenes. Si nos referimos a lo segundo, tiene la palabra el art. 985 del Código civil que no integra la laguna mediante una voluntad del testador dirigida a aumentar la desigualdad entre los hijos. Lo que dispone el art. 985 es que no procede el derecho de acrecer entre herederos forzosos más que en

¹³. Véase sobre esto, mi trabajo “Derecho de acrecer y mejora”, en *Estudios en homenaje a Lacruz II*, 1993, p. 1797 y ss.

¹⁴. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, III, ed. rev. por COSSIO y GULLÓN, Madrid 1959, p.432. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, Madrid 1982, p. 766.

el tercio de libre disposición y lo hace cuando el testador no ha expresado nada sobre el destino de la parte vacante; esto es, para que en la mejora tenga lugar el derecho de acrecer o una sustitución es precisa una voluntad real del testador. A juicio del Código civil la voluntad hipotética (irreal) del testador no es aumentar la desigualdad entre sus hijos. No es lo mismo, por tanto, una voluntad real del testador que una valoración efectuada por la ley sobre su probable voluntad (irreal). Por lo demás es obvio que en este plano quien tiene la palabra es la ley que efectúa las valoraciones conforme a su criterio. Para que la parte vacante pase al otro mejorado no bastan las normas del Código civil sobre el acrecimiento. Es necesario que lo establezca así el testador y entonces hablamos de una voluntad real y no de una mera hipótesis legal sobre esa voluntad.

III. VOLUNTAD EXPRESADA Y VOLUNTAD NO EXPRESADA

La voluntad efectiva del testador es una voluntad expresada de algún modo en el testamento, sin que el recurso a la llamada prueba extrínseca altere esa idea, porque la voluntad efectiva del testador ha de resultar de alguna manera del testamento. Por eso no es voluntad efectiva del testador la que *solamente* se encuentre expresada fuera del testamento. Una voluntad implícita en otra voluntad declarada expresamente en el testamento puede cubrir el requisito de la forma, pero el legislador puede no reconocerla en todo su alcance. La voluntad irreal obtenida por integración de una laguna, no requiere cumplir el requisito de la forma, porque basta que la cumpla la declaración integrada.

La preterición llamada intencional es un supuesto importante de voluntad no expresada en el testamento, que, sin embargo, se toma en cuenta más allá de lo que en principio significa: omisión supuestamente voluntaria de un legitimario en el testamento. La preterición intencional tiene lugar cuando se supone que el testador no ha mencionado al preterido porque no ha querido. Digo "se supone" porque el testador no ha expresado nada y no hay una declaración de voluntad testamentaria de omitir al heredero forzoso. Cuando en la jurisprudencia o en la doctrina se califica como intencional una preterición no se hace, como es obvio, por comprobar la existencia de una declaración de voluntad del testador, sino más bien por la falta de esa declaración testamentaria. Sin embargo, el silencio del testador, según la doctrina dominante, adquiere significado de declaración de voluntad en un negocio jurídico formal, lo que me parece, como mínimo, excepcional. No me parece claro que se considere por la Ley válida y eficazmente implícita en las declaraciones de voluntad contenidas en el testamento la de no dejar nada al preterido. Es decir, la voluntad de dejar todo a X,

significaría la voluntad implícita de no dejar nada a Y, si su existencia se tiene presente en el momento de disponer a favor de X. Sin embargo, precisamente la sanción de la preterición procede del deber impuesto al testador de pronunciarse sobre la sucesión de ciertas personas que la ley entiende han de ser sus herederos forzosos y abintestato. Era una sanción del silencio y no de la falta de atribución de bienes en una época en la que no existía la legítima.

Estas reflexiones obligan a plantear la grave cuestión de si realmente hay razones suficientes para que el preterido intencionalmente quede reducido a la legítima estricta como supone la doctrina dominante o si por el contrario para ello es necesario que el testador lo haya dispuesto así de alguna manera¹⁵. Pero si puede entenderse que el testador ha dispuesto en el testamento algo sobre el legitimario supuestamente preterido, en realidad no habrá preterición¹⁶. Si se

¹⁵. VALLET, *Las legítimas*, Madrid 1973, p. 932, opinaba que solamente sería posible limitar las consecuencias de la preterición a la legítima si hubiera en el testamento indicios de una voluntad del testador en ese sentido. VALLET limitaba la preterición al supuesto de omisión del legitimario en línea recta cuando no resulte, ni del texto ni del contexto del testamento, que el testador hubiera querido excluirle.

¹⁶. Acertadamente GARCÍA – RIPOLL MONTIJANO, "Comentario a la STS 6.4.1998", en *CCJC*, p. 48, n°1303, p. 1072: "...en el caso de preterición intencional no puede ordenar nada el testador respecto el preterido, porque de lo contrario no hay preterición". Es errónea la idea de que la preterición es el incumplimiento total de un deber del testador de proporcionar al legitimario un contenido patrimonial determinado. La preterición tiene un sentido formal si ha de ser una institución con sentido propio. Debe relacionarse con la falta de una declaración de voluntad del testador respecto de sus herederos forzosos. Hoy es inadmisibles entender preterido a un legitimario al que se haga una atribución *testamentaria* de cualquier tipo. Esto es lo que sin duda significa el art. 815, y no que los legitimarios dejen de ser herederos si el testador les hace una donación o un legado en pago de la legítima, ni que una donación excluya la relevancia de la omisión de una declaración de voluntad sobre los legitimarios en el testamento. Las sentencias TS 17.3.1995 y TSJ Cataluña 19.10.1993 consideran preterido a un legitimario al que se hizo una atribución como fideicomisario y usufructuario, respectivamente. Si de lo que se trata es de la cobertura de la legítima, la decisión pudiera ser correcta, pero entonces la preterición deja de ser (*rectius*, debe dejar de ser), una institución independiente y debe refundirse con la acción de suplemento. Así se ha hecho en el Código de Sucesiones catalán respecto de la intencional. Pero la preterición no suscita un problema de cobertura de la legítima, aunque puede englobarlo, *sino un problema de ausencia de declaración de voluntad respecto de los legitimarios*. En la STS 17.3.1995 la cuestión es importante, porque era aplicable el antiguo art. 814 en el que la preterición aún intencional claramente proporcionaba la cuota intestada y por consiguiente su sanción obviamente no protegía la legítima. Ahora bien, también en esta sentencia el problema era si el testador era suficientemente libre respecto de la mención de su hija, que en el momento del otorgamiento del testamento ostentaba una filiación matrimonial de otro progenitor, y por esa razón, el testador no la mencionó como hija. Puesto que es un problema de falta de declaración de voluntad

puede averiguar el sentido de una declaración de voluntad tal como dice el art. 675, es porque existe esa declaración. Pero mal se puede aplicar el art. 675 en caso de ausencia de declaración de voluntad. Hay pues importantes problemas acerca de la voluntad del testador en la preterición y es que precisamente la preterición es la *omisión en el testamento de una declaración de voluntad respecto de los herederos forzosos*.

Por otra parte, es necesario recordar que la preterición es un concepto esencialmente formal. Como ya decía VALLET DE GOYTISOLO : "aunque ese contenido formal haya evolucionado, al no ser ya necesario instituir herederos a los legitimarios en línea recta, carecería de sentido su mantenimiento si se hubiera confundido con la inoficiosidad total"¹⁷. La preterición es una institución inútil si consiste en la falta total de atribución de la legítima material.

testamentaria, tampoco debería importar que exista una donación que cubra total o parcialmente la legítima si en el testamento no se hace mención de ello. Si en el testamento, el testador afirma que ha efectuado donaciones al legitimario, entonces existe una declaración de voluntad respecto del mismo que excluye la preterición con independencia de que su declaración sea verdadera o falsa en el sentido de mentira (VALLET, *Las Legítimas*, cit. p. 605). La cobertura de la legítima no es algo discutible, en cualquier caso el legitimario tiene derecho a ella y por tanto no importa lo que diga o no diga el testador. Lo que está en tela de juicio, en caso de preterición, es la voluntad de un testador que no dice nada sobre sus hijos y si eso afecta a la validez de su declaración de voluntad testamentaria y, por tanto, si debe entrar en juego o no la delación intestada. La falta de una declaración testamentaria tiene que ver con la sucesión intestada, pero debe ser irrelevante en relación con la legítima. En realidad, lo que importa es que los hijos son herederos abintestato y que si no hay disposiciones testamentarias válidas de índole patrimonial, ellos son herederos. Es un error confundir la preterición con la protección de la legítima material.

¹⁷. VALLET DE GOYTISOLO, *Las Legítimas*, Madrid 1974, I, p. 608-609. El mismo autor en "La voluntad del causante ley de la sucesión", en *Libro homenaje al Prof. Beltrán de Heredia*, p. 717, incluye como límites a que la voluntad del causante es ley de la sucesión, entre los de carácter formal a la sanción de la preterición y la necesidad de expresar la causa de la desheredación. No puedo compartir la opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid 1996, p.294 y ss. cuando niega la existencia de la llamada legítima formal. La terminología (legítima formal) puede ser rechazable, pero si se ignora el carácter formal de la preterición resulta una institución inútil y, si es no intencional, sus efectos incoherentes con la protección de la legítima. Como señalo en el texto es incongruente la distinción intencional- no intencional si se trata de la protección de la legítima, porque ¿para qué considerar la intención si sólo se trata de la atribución de la legítima? Además si se trata del incumplimiento de un deber es incoherente suavizar las consecuencias del incumplimiento doloso.

Resulta cuando menos extraño que la preterición, que es omisión de una declaración de voluntad testamentaria respecto de los legitimarios, signifique una declaración de voluntad, que necesariamente habría de ser testamentaria, de reducirles a la legítima estricta. A mi juicio, para que esto resulte aceptable habría que encontrar en el testamento algún indicio o dato de los que deducir esa voluntad, pero entonces seguramente no habría preterición, sino desheredación.

ALBALADEJO dice “siendo inviolable la legítima en lo que vaya contra ella no es soberana la voluntad del testador, pero en lo que no viole, debe respetarse tal voluntad, aunque haya habido preterición”¹⁸. Es una afirmación hasta cierto punto paradójica, porque supone que la voluntad del testador, respecto del hijo, también es conocida en caso de su preterición a pesar de no haber sido declarada. Es paradójico hablar de voluntad (real) del testador cuando ésta no se ha declarado. Si la sanción de la preterición es sanción de la omisión de una garantía formal contra el olvido, el error o la imprevisión del testador, parece claro que ese planteamiento es incorrecto. Insisto en que el problema de la preterición no es un problema de legítima, porque no siempre otorga la cuota de legítima, sino la cuota intestada a través de la nulidad de la institución de heredero (claramente en caso de preterición no intencional) y porque desde el punto de vista de la legítima es indiferente la voluntad del testador. Lo que está relacionado con la falta de declaración de voluntad testamentaria es la sucesión intestada, no la legítima.

Por otra parte, el art. 814.1 al hablar de *reducción de las mejoras* plantea una grave objeción a la doctrina dominante que mantiene que al preterido intencionalmente solamente le corresponde la legítima estricta. Si son mejoras es porque desigualan a los hijos no preteridos. Si eso es así, no se entiende que deban ser reducidas. Es decir, esas mejoras o eran ya reducibles, aunque no hubiera preterición, o no lo eran, y entonces tampoco serían reducibles habiéndola, si fuera cierto que el preterido sólo tiene derecho a su legítima estricta. Dicho de otro modo, la *preterición* nunca daría lugar a la reducción de las mejoras, si el preterido solamente tuviera derecho a la legítima estricta. Sin embargo, la letra del art. 814.1 habla claramente de reducción de mejoras. Literalmente el art. 814.1 no permite entender que el preterido intencionalmente quede reducido a la legítima estricta, porque si así fuera no se comprendería por qué reducir las mejoras. ¿Se trata de un texto incoherente¹⁹? Del texto ac-

¹⁸. ALBALADEJO, “Para una interpretación del art. 814.1 del Código civil”, en *RDP* 1967 p. 1023 y ss.

¹⁹. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil V*, Barcelona 1993, p. 441 observa que, “acaso con buen acuerdo”, la mención de las mejoras no se contenía en el texto aprobado por el Senado.

tual del art. 814.1 resulta que las mejoras se reducen también, aunque sea después de la institución de heredero. Este texto es incompatible con la opinión dominante, según la que la preterición intencional solamente proporciona la legítima estricta, porque llega a suponer que deban reducirse mejoras ordenadas por el testador. Queda desautorizada la tesis de que el preterido intencionalmente solamente tiene derecho a la legítima estricta e incluso que se respeten las mejoras ordenadas expresamente. Pudiera tratarse de un *lapsus calami*, porque esa regla sería incompatible con el párrafo 2.1 del mismo precepto. Si en caso de preterición errónea de algunos legitimarios se salvan las mejoras que no sean inoficiosas, lo mismo debe suceder en caso de preterición intencional, a no ser, claro, que el legislador se haya dejado llevar por la equivocada y generalizada idea de que la sanción de la preterición es la sanción de un deber de atribuir la legítima, porque si así fuera pudo pensar que la violación intencional del deber es más grave que la no intencional. ¿Es esa errónea idea la que ha llevado a prever en el párrafo 1 la reducción de las mejoras? No me parece que sea así, porque solamente valdría el argumento en cuanto se comparan la preterición intencional y la no intencional de algunos. La preterición no intencional de todos produce consecuencias más fuertes que la intencional²⁰. Tampoco se puede sostener que esas mejoras se aludan solamente en la medida en que sean inoficiosas, porque lo inoficioso debe reducirse con independencia de la existencia de preterición (art. 817). Lo que parece más ajustado al texto es que en el supuesto de preterición intencional el legitimario omitido tiene derecho a la parte alícuota correspondiente de los dos tercios de legítima, incluso si hay mejoras dispuestas por el testador, cuya reducción es la que se prevé.

Es incongruente con un sistema en el que el legitimario no sea heredero *ex lege* o deba ser instituido heredero por el testador, que la preterición anule o reduzca la institución de heredero antes que otras disposiciones²¹. Ni se entiende que se prevea la reducción de mejoras y legados si es que el legitimario preterido sólo tiene derecho a su legítima estricta. No alcanzo a comprender cómo

²⁰ Esto es verdad si, como es normal, la cuota intestada proporciona bienes en cuantía superior a la legítima. Mas si se han efectuado importantes donaciones, puede suceder que la cuota intestada proporcione menos bienes que la legítima, ya que se calculan sobre bases distintas. En ese caso, la preterición de todos los legitimarios puede proporcionar los mismos bienes tanto si es intencional como si es no intencional.

²¹ Se trata de una solución sumamente contradictoria con la doctrina dominante sobre la naturaleza de la legítima. Si no existe una delación legal de la legítima, anulada la institución de heredero corresponde al heredero forzoso su cuota intestada. Si no se abre la sucesión intestada, supuesto que al preterido no se le ha dejado nada por el testamento, le corresponde la legítima por obra de la ley que le otorga la cualidad de heredero forzoso.

puede pretender una reducción de la mejora quien no tiene derecho a ella. Tampoco parece que el art. 814.1 siga pensando en las consecuencias de la preterición conforme al antiguo art. 814. Más bien parece que se ha limitado a imponer el respeto a la legítima larga incluso frente a mejoras expresas. Otra interpretación choca frontalmente con la letra del artículo.

“A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador” (art. 814 *in fine*), constituye una declaración que puede ser una obviada o, por el contrario, expresión de una radical incomprensión del sentido de la preterición como institución autónoma. La voluntad del testador es irrelevante respecto de las legítimas, en el sentido de que no puede desconocerlas y es también irrelevante si las desconoce con intención o sin ella; por consiguiente, si la preterición fuera una institución protectora de la legítima sería irrelevante la distinción preterición intencional y no intencional. Desde esa errónea perspectiva, si hubiera que dar relevancia a la intención de incumplir un deber, no tendría sentido establecer consecuencias más duras para el incumplimiento no intencional. Por consiguiente, toda reflexión sobre la preterición como incumplimiento de un deber de atribuir la legítima está fuera de lugar. La preterición como han destacado LACRUZ y VALLET tiene un sentido esencialmente formal y es un problema de forma del testamento que la contiene. Ahora bien, no se puede sostener que los problemas de forma puedan ser resueltos atendiendo a la voluntad del testador que no respeta esa forma. Esto, sin embargo, es lo que se pretende cuando se señala que el párrafo en cuestión convierte al art. 814 en dispositivo²². El párrafo en cuestión no es más que el resultado de un malentendido sobre la preterición y está en clara contradicción con lo dispuesto en el mismo precepto en cuanto a la preterición no intencional. Si la preterición es un problema de forma, en relación con la omisión de una declaración de voluntad sobre los herederos forzosos, como ha reconocido nuestra mejor doctrina, entonces no es coherente que la voluntad del testador pueda regular las consecuencias de su inobservancia²³.

La ratio de la distinción preterición intencional y no intencional solamente puede consistir en que el problema suscitado por la preterición es la omisión

²². REY PORTOLÉS, *RCDI* 1982, p. 359

²³. Sería absurda una regla que dijera: “En el testamento ológrafo, en caso de falta de firma, a salvo las legítimas, prevalecerá lo ordenado por el testador, pero si el testador no ha firmado por olvido o por error entonces se anularán todas las disposiciones patrimoniales. Si lo ha hecho intencionadamente entonces se reducirá la institución de heredero etc.” No entiendo qué relación puede tener la voluntad del testador con el incumplimiento de un deber si no es para sancionar más duramente el incumplimiento voluntario que el involuntario, ni tampoco como puede superar la voluntad del testador el incumplimiento de normas de forma.

de una declaración de voluntad del testador relativa a los herederos forzosos, y por eso se distinguen dos supuestos diversos: uno, en el que se supone que el testador quería omitir a los descendientes, y otro, en el que se supone que la omisión se funda en un error o en una imprevisión. La distinción no es relevante para las legítimas, porque en ellas la voluntad del testador es indiferente.

Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA dice con razón: "La lectura combinada de estos dos párrafos de este mismo artículo provoca de inmediato perplejidad, pues nada más opuesto, se piensa, a lo ordenado por el testador que anular la institución de heredero. Para salvar las legítimas respetando la voluntad del testador no hay por qué anular la institución de heredero, basta simplemente reducir las atribuciones de los legitimarios no preteridos, sea cual sea el título de atribución y en la proporción necesaria para que el preterido no intencionalmente cobre su legítima"²⁴. La misma autora continúa: "La anulación de la institución de heredero, en caso de preterición no intencional de alguno de sus hijos o descendientes, tendría razón de ser si los legitimarios necesariamente hubieran de recibir su porción legítima mediante la institución de heredero. En ese caso sería precisa tal anulación para que el preterido recibiera como heredero abintestato lo que por error del causante no recibió por testamento"²⁵.

Todas estas perplejidades pueden desaparecer si se niega el enfoque de la sanción de la preterición como protectora de la legítima²⁶. Ciertamente es absurdo que

²⁴. RCDI 1988, p. 358

²⁵. Ibidem.

²⁶. Sigue insistiendo en este enfoque erróneo M^a Amparo MORENO DEL VALLE, "Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales", *Actualidad civil*, 2002 n^o 7, p. 252: "con Roca Sastre Muncunill que el fundamento o finalidad primordial de la preterición es la protección de la legítima debida en el supuesto en que el causante incumpla totalmente por omisión con el deber legítimo". Si ese fuera el fundamento de la preterición sería una institución inútil. Para proteger la legítima contra el incumplimiento total del deber legítimo existiría la sanción de la preterición; contra el incumplimiento parcial, la acción de suplemento. Este esquema ignora datos básicos como: 1) que la preterición antes de 1981 otorgaba la cuota intestada, como actualmente hace la no intencional 2) que existe preterición en Ordenamientos jurídicos que no conocen la legítima 3) que en el Derecho romano la preterición aparece antes que la legítima. Véase J.M. MIQUEL, *Preterición y argumento histórico*, en Teresa Peralta (ed), *Derecho y argumentación histórica*, Lleida 1999, p. 57 y ss. La preterición no intencional es evidentemente algo distinto de un instituto protector de la legítima: protege a los descendientes herederos intestados que además son legitimarios frente a un defecto de voluntad del testador. Por eso es inadecuado referir la frase final del art. 814 (.. a salvo las legítimas..) también a la preterición no intencional. Parece sensato decir que la preterición intencional es una institución superflua porque no produce efectos distintos de la insuficiente atribución de la legítima. Es cierto que el tema está ligado también a la naturaleza de la legítima, especialmente a si existe una delación legal de la legítima.

la preterición anule la institución de heredero si el preterido no es heredero. Así mismo no es plausible que no exista delación legal de la legítima, porque si solamente hay o delación testamentaria o abintestato, y el preterido por hipótesis no recibe nada por testamento, debería recibir su íntegra cuota intestada. Lo que no es admisible es que abriéndose la sucesión intestada no reciba lo que por ésta le corresponda. Lo razonable, si hay que respetar mandas y mejoras no inoficiosas (art. 814.2º), es abrir la sucesión intestada, pero gravando al heredero intestado con las citadas disposiciones, tal como sucedía en el Derecho común.

Probablemente la interpretación dominante del art. 815 va demasiado lejos en el afán de negar la condición de herederos a los legitimarios, porque el art. 815 en verdad lo que hace es suponer una atribución por cualquier título, pero no dispone que el heredero forzoso tenga el título de tal atribución y pierda el que le da la ley²⁷. La consecuencia jurídica de la norma no es que el heredero forzoso disfrute exclusivamente del título de la atribución insuficiente, sino que sólo podrá pedir el complemento. Es cuando menos extraño que un título insuficiente proporcione un derecho completo. Si se tiene un derecho mayor que el fundado en el título insuficiente, necesariamente ha de existir otro título en cuya virtud se funde aquel derecho. Es muy difícil entender que no exista una delación legal de lo que le falta al heredero forzoso para cubrir su legítima.

También es muy difícil explicar que la preterición conduzca a una anulación de un título compatible con el del legitimario. Si el legitimario no es heredero, no se ve qué razón existe para anular la institución de heredero con el fin de proteger la legítima. Si se anula la institución de heredero es para otorgar al legitimario su cuota como heredero intestado solamente reducida por legados y mejoras no inoficiosas²⁸. En el supuesto de la preterición no intencional no

²⁷. La polémica sobre este punto es muy difícil de resolver, porque hay buenos argumentos para las dos posiciones contrapuestas. Véase la polémica entre VALLET DE GOYTISOLO y PEÑA en *ADC* 1985, IV y *ADC* 1986 I, II y III. Incidentalmente puede decirse que mientras existen buenos argumentos para considerarlos herederos, porque, entre otras razones, es sensato entender que el Código no ignora su propia terminología ni sus definiciones, por otra parte, la regulación de la preterición ha ofrecido un argumento en contra, puesto que los legitimarios pueden quedar satisfechos por cualquier título y no hay preterición aunque no sean instituidos herederos. No obstante, la sanción de la preterición va dirigida en primer lugar contra la institución de heredero, lo que sólo se explica bien si son herederos. Por otra parte, como dice PEÑA, un posible título hereditario ex lege no tiene por qué quedar anulado por otras atribuciones.

²⁸. No obstante, como queda dicho en el texto, en caso de preterición intencional según el art. 814.1, entendido literalmente y con ayuda de los debates parlamentarios de la reforma de 1981, se obtiene la legítima larga, incluso a costa de mejoras expresas.

se trata de otorgar al heredero forzoso ni la legítima larga ni la corta, sino la cuota intestada comprimida por legados y mejoras no inoficiosos, es decir, que no le perjudiquen la legítima. Esto se dispone claramente en el núm. 2º del art. 814 cuando exista preterición no intencional solamente de alguno o algunos de los hijos o descendientes. Si la preterición no intencional es de todos, entonces es claro que reciben la cuota intestada, porque se anulan todas las disposiciones patrimoniales. Siendo así no se ve cómo la sanción de la preterición persigue la protección de la legítima. Si nos referimos a la preterición intencional, tampoco es claro que el art. 814.1 proteja la legítima, ya que prevé la reducción de mejoras. Si legítima es la parte de los dos tercios no empleada en mejorar, no se puede sostener que su protección alcance a reducir mejoras tal como prevé el art. 814.1. VALLET entendía que no era procedente limitar a sólo la legítima las consecuencias de la preterición intencional, si la intencionalidad de la preterición no puede deducirse o inferirse del tenor del testamento, aunque también sea con el complemento de circunstancias extrínsecas²⁹. Después de la reforma de 1981, en cambio, la doctrina dominante no sólo limita a la legítima el derecho del preterido, sino que la limita a la legítima corta en virtud de una supuesta asimilación a la desheredación injusta.

El carácter ideológico de la apelación a la voluntad del testador aparece claro en algunas decisiones sobre preterición de hijos extramatrimoniales. La reforma de 1981 del art. 814 al parecer estuvo dirigida a paliar las consecuencias de la preterición en vista del previsible aumento de pretericiones. BOLÁS y RIVAS³⁰ dicen que la reforma era necesaria para tomar "medidas de contención frente a la avalancha de pretericiones que puede producirse como consecuencia de la preteribilidad de los descendientes y ascendientes no matrimoniales".

En este contexto, alguna doctrina ha seguido la línea de reducir las consecuencias de la preterición utilizando el topos de la voluntad del testador.

Por una parte, la preterición llamada intencional se ve como un simple supuesto de inoficiosidad y, por otra, la calificación de intencional se toma en cuenta no sólo para explicar un silencio como querido, sino para extraer de ella una declaración de voluntad testamentaria de reducción de la legítima del hijo a la legítima estricta. Se nos dice reiteradamente que los hijos no tienen derecho en contra de la voluntad del padre más que a la legítima estricta, pero se omite que el padre ha de disponer de la mejora, porque si no lo hace, los hijos sí tienen derecho a más de la porción viril de un tercio, es decir, a la de dos tercios.

²⁹ VALLET, *Las Legítimas*, cit. p.932.

³⁰ RIVAS, *Los Derecho de sucesiones común y foral*, Madrid 1992, p. 452. En el mismo sentido antes, BOLÁS, *AAMN XXV*, p. 192.

Por otra parte la preterición no intencional se limita extraordinariamente en algunas sentencias (SAP Cádiz 5.6.2000, SAP Granada 12.5.2001), que veremos después, en cuanto excluyen su supuesto más frecuente, como es el de los hijos nacidos después del testamento, por suponer que el testador los quiere preterir si no cambia el testamento después de tenerlos. Así se da relevancia a una voluntad inexistente en el momento de hacer testamento y no manifestada en él.

La STS 4.5.1966 es un magnífico ejemplo de cómo un enfoque de la preterición como incumplimiento del deber de atribuir la legítima, conduce a juristas expertos a una infundada crítica, mientras que un enfoque desde la voluntad del testador obliga a aplaudirla. Es digno de notar que la alteración de circunstancias que se produjo en este caso es suficiente en otros Ordenamientos, incluso en algunos en los que no existe legítima, para considerar revocado el testamento. En efecto, un matrimonio ulterior al otorgamiento del testamento determina en el Uniform Probate Code norteamericano la nulidad del testamento. En cambio, esta sentencia es criticada en nuestra doctrina precisamente por autores que olvidan que la preterición no debe verse como un problema de cobertura de la legítima³¹, sino como un problema de voluntad del testador.

³¹. Entre otros autores que injustificadamente critican esta excelente sentencia, puede verse CÁMARA, *Compendio* cit. p. 187. Incomprensiblemente CÁMARA entiende que es insostenible el acertado criterio de esta magnífica sentencia, pero lo insostenible es precisamente la opinión de CÁMARA que incluso confunde la preterición no intencional con la falta de cobertura de la legítima. La sentencia que resolvió un caso en el que era aplicable el Derecho catalán vio perfectamente que se trataba de un problema de voluntad del testador ante la alteración de las circunstancias que típicamente ha sido resuelto siempre con reglas de preterición. La utilización de ciertas cláusulas no puede evitar las consecuencias de una preterición no intencional. Si un testador organiza su sucesión atendiendo a las circunstancias existentes en el momento del otorgamiento del testamento y no contempla la existencia de un hijo, que le sobreviene y sobrevive, ¿cómo puede pensarse que ese testamento regule la sucesión conforme a la consciente voluntad del testador? Aquí entra en juego la consideración de la voluntad del testador bajo concepciones sociales, es decir, una hipotética voluntad. Parece lo más plausible que un testador medio no quiera que sus hermanos hereden $\frac{3}{4}$ de la herencia y su hijo $\frac{1}{4}$, salvo que lo haya establecido claramente así (recuérdese que era aplicable el Derecho catalán, en el que la legítima es un cuarto). Entender que esa es la voluntad del testador que no ha previsto la existencia del hijo, es sencillamente indefendible. El caso muestra además que la preterición importa tanto más cuanto *menor* sea la cuantía de la legítima.

Por otra parte, he sostenido en varias ocasiones que no cabe regular los efectos de la preterición no intencional alterando las reglas del art. 814. A salvo la legítimas prevalecerá lo ordenado por el testador no puede entenderse así: “a salvo las legítimas prevalecerá lo ordenado por el testador por imprevisión o error”. Esto es paradójicamente lo que se pretende extraer del último párrafo del art. 814. Si hay imprevisión o error no cabe que el testador ordene nada para ese caso. Tampoco obviamente que los notarios incluyan válidamente cláusulas semejantes salvadoras de nulidades, pues estas nulidades tratan de proteger a terceros.

Un testador soltero había instituido a sus hermanos y había atribuido la legítima a su padre y a cuantas personas pudieran acreditar derecho a ella. Posteriormente contrajo matrimonio y murió dejando un hijo póstumo. La sentencia muy razonablemente consideró preterido al hijo a pesar de que su legítima quedaba salvada con la citada cláusula.

"Lo ordenado por el testador, que tiene preferencia en todo caso, dejando a salvo las legítimas, es lo que manifestó en el testamento"³². Es inconcuso que lo ordenado por el testador es lo manifestado en el testamento, pero no es menos cierto que, dejando las legítimas aparte o incluso sin dejarlas, la única voluntad del testador que puede ser aludida es la que no está viciada por error o por imprevisión y, por supuesto, la declarada.

No es posible aceptar que el testador pueda caer en la imprevisión y al mismo tiempo prever lo que deba recibir su hijo *en el que no ha pensado*. Esto solamente puede suceder por medio de cláusulas de estilo previstas por los notarios. Pero me parece que no pueden ser válidas cláusulas como esta: "Quiero que este testamento valga íntegramente aún en caso de preterición, aunque fuere errónea y total, sin perjuicio de las legítimas más estrictas que correspondan al preterido o preteridos"³³. Se trata de una renuncia a la ley aplicable que no puede ser válida en perjuicio de tercero. El *favor testamenti* en este caso no sería *favor voluntatis*, porque cuando hablamos de que la voluntad del testador es ley de la sucesión suponemos una voluntad libre de errores. Tampoco cabe regular los defectos de forma por medio de la voluntad del testador y recordemos que según la mejor doctrina la preterición es un defecto de forma.

He señalado que las acciones de revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos son irrenunciables y que este es un criterio que se impone también en la preterición no intencional de hijos. En mi opinión, si el testador prevé la existencia de hijos o conoce que vive el preterido, o no hay preterición o es intencional, respectivamente, pero en ningún caso cabe que habiendo preterición no intencional el testador prevea válidamente consecuencias distintas de las del art. 814, como no sean las generales al declarar preferente algún legado. Es decir, si, declarada la preferencia de un legado, se produce una preterición la reducción correspondiente puede tener en cuenta esa preferencia, pero no creo que sea válido que el testador ordene respetar la institución de heredero antes que los legados, para el caso de preterición no intencional. La exclusión de la ley aplicable no puede hacerse en perjuicio de terceros (art. 6.2).

³² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *RCDI* 1988, p. 387.

³³ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario del Código civil*, Madrid 1991, Comentario al art. 814, p. 2009.

La doctrina considera alcanzada la equiparación entre desheredación injusta y preterición intencional por la reforma del art. 814 en 1981 a pesar de que los textos no son idénticos y la radical diferencia entre la existencia de una declaración de voluntad testamentaria, en el caso de la desheredación, y su inexistencia en el caso de la preterición. Argumentando a partir de esa equiparación se sostiene que en la preterición intencional el preterido sólo acredita derecho a la legítima estricta. Mas, en contra de la doctrina mayoritaria, no es admisible que la desheredación injusta confiera al desheredado solamente derecho a la legítima estricta.

No me parece admisible sostener que una voluntad descalificada por el legislador, valga, no obstante, para reducir al desheredado injustamente a la legítima corta. La STS 23.1.1959 merece crítica muy desfavorable³⁴, porque la causa invocada por el testador no se probó y tampoco consta que fuera una causa mentida. La expresión de una causa falsa de la desheredación, a la inversa de lo que dispone el art. 767 para la institución, *es siempre relevante* en el sentido de invalidar los efectos de la desheredación si no se prueba su certeza (art. 851). Si en casos de desheredación no se prueba que la causa falsa fue una causa mentida, no puede argumentarse de ninguna manera con la voluntad del testador. La argumentación que conduce a reducir al legitimario a su cuota de legítima estricta me parece inaceptable en general. Esa argumentación solamente merece discusión si la causa invocada por el testador no fuera una causa legal³⁵ o, si siéndolo, pero falsa, se probara que el testador hubiera mentido. En esos casos tendríamos una voluntad manifestada en el testamento contraria a que el legitimario recibiera algo, lo que contendría implícitamente una voluntad de mejorar a los demás. El problema en estos supuestos es si una voluntad valorada por el Ordenamiento jurídico como injusta, puede ser eficaz para otro efecto. Pero, en cambio, es muy claro que difícilmente se puede argumentar con la voluntad del testador si esa voluntad se basa en una causa falsa determinante de la desheredación. Ante una causa falsa, lo que es equivalente, por virtud del art. 850, a una causa cuya certeza no haya sido probada, no se puede argumentar con la voluntad del testador y, sin embargo, esto es lo que hace la doctrina cuando sigue a la STS 23.1.1959, en la que la desheredación era injusta por no haberse probado la causa. No se puede fijar una voluntad del testador al margen de lo que conste en autos. Si el testador desheredó por una cau-

³⁴. A la inversa, la habilidad del abogado recurrente, A. HERNÁNDEZ GIL, merece ser destacada. Lo que fue un razonamiento de abogado retóricamente muy eficaz, es, sin embargo, un grave error dogmático que no merece ser acogido.

³⁵. A este supuesto se refería MANRESA en el pasaje invocado por VALLET DE GOUTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio*, II, 2ª ed., Madrid 1989, p. 173.

sa falsa, no cabe sostener que su voluntad viciada para desheredar, no esté viciada para mejorar. No cabe sostener que el testador tenía intención de no dejar nada al legitimario si expresó que no le dejaba nada por una causa cuya certeza no se ha probado. No es admisible suponer una voluntad del testador que prescinda de la prueba practicada y de las reglas de la carga de la prueba.

Si el testador desheredara al legitimario por una causa que no fuera de las legales, pero cierta, cabría hablar de voluntad del testador a efectos de mejora, pero entonces el problema a resolver es el planteado por LACRUZ³⁶. Es dudo-

³⁶. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1993, p. 449. Antes ya el mismo LACRUZ en *Derecho de Sucesiones II*, Barcelona 1973, p. 198. "En definitiva, ni creo que de una voluntad injusta que conduce a un negocio nulo pueda deducirse una mejora tácita, ni, por tanto, que interpretativamente se pueda privar al desheredado sin causa de su cuota en la parte del tercio de mejora no empleada en mejorar". La STS 23.1.1959 no es un modelo de rigor cuando ante la causa de desheredación alegada por el testador, pero no probada, supone que al testador le era indiferente la existencia o no de esa causa. Si el testador ha expresado, como debe, la causa de la desheredación, pero ésta no está probada, no cabe deducir una voluntad del testador de reducir al injustamente desheredado a la legítima estricta. La sentencia dice: "es indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía a este tercio al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto, y no es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrido, ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, como ya queda anteriormente expuesto, y debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones y la calificación, naturaleza y extensión de los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte cuya atribución a éste depende, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve". Pero la voluntad del testador se ha manifestado por una causa que ha resultado ser falsa y que ha determinado su voluntad de desheredar. La sentencia padece una cierta esquizofrenia: por una parte, la desheredación es injusta porque la causa de la desheredación no se ha probado; por otra parte, la voluntad del testador es, sin embargo, para la sentencia, independiente de la causa por la que el testador decide desheredar. Aunque gran parte de la doctrina siga esta sentencia, me parece de gran incoherencia. La voluntad del testador en este caso es una voluntad que la sentencia y la doctrina que la sigue "conocen" al margen de las pruebas practicadas. La expresión de una causa falsa, porque no otra es una causa no probada por quien tiene la carga de la prueba, anulará la disposición testamentaria, en este caso la desheredación, precisamente porque es determinante de ella. Si esto es así: ¿cómo es posible considerar eficaz una voluntad determinada por una causa falsa? ¿Se puede apoyar una mejora en una causa falsa? Obsérvese que es diferente que la causa no sea

so que una voluntad valorada como injusta por el Ordenamiento jurídico, sea valorada como justa para otro efecto. Los efectos jurídicos se producen por la voluntad reconocida por el Ordenamiento jurídico y lo que está en cuestión ahora, en este supuesto, no es ya la voluntad del testador, sino su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico. No es plausible que el Ordenamiento jurídico reconozca como válida una voluntad que él mismo ha rechazado. Una conversión semejante debería establecerse de alguna manera.

Por consiguiente, la doctrina argumenta demasiado rápidamente con una voluntad del testador que realmente está viciada, si se demuestra que el testador se equivocó sobre la existencia de la causa de desheredación o si se apoya en una falsa causa, por no haber sido probada. En la muy citada sentencia de 1959 a favor de la tesis de que el desheredado injustamente sólo tiene derecho a la legítima estricta, la desheredación se consideró injusta porque no se probó la causa invocada por el testador. Siendo así no cabe decir que el testador quiso reducir al legitimario a la legítima estricta. Lo quiso por una causa falsa, que sería necesario probar que fue mentida para que la desheredación contuviera semejante voluntad del testador.

Resumiendo, solamente si el testador deshereda por una causa insuficiente, pero cierta, o por una causa legal falsa en el sentido de mentida, puede decirse que tuvo verdadera voluntad de no dejar nada al legitimario. Aún así, no es lo mismo una voluntad valorada por el Ordenamiento jurídico como adecuada para un efecto que una voluntad descalificada por el Ordenamiento jurídico. En este caso es preciso que conste que el Ordenamiento jurídico la valora adecuadamente para otro efecto. No me parece que ese sea el caso del art. 851 del Código civil, porque si la desheredación injusta supusiera una mejora entonces el precepto no necesitaría decir que valdrán las mejoras. Esto solamente es necesario decirlo si la legítima del desheredado injustamente es la legítima sin más, porque la legítima estricta obviamente nunca puede afectar a las mejoras dispuestas por el testador. Si la desheredación injusta fuera por sí misma una mejora tácita válida, sería obvio que las mejoras dispuestas expresamente no se verían nunca afectadas por una des-

una de las establecidas por la Ley, que era el supuesto al que se refería el pasaje de MANRESA invocado por VALLET, *Estudios* cit. II, 2ª ed., Madrid 1989, p. 173. Aquí la cuestión es algo diversa: la causa insuficiente para desheredar, no impide la voluntad de mejorar, que además no requiere ninguna causa. En este caso el problema es si la ley opera una conversión de la desheredación injusta en una mejora tácita válida. No es eso lo que establece el art. 851. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *CCJC* 48, p. 1303, hace una crítica acertada a la opinión dominante en el comentario a la STS 6 de abril de 1998.

heredación injusta³⁷. Hay que tener en cuenta también que el desheredado injustamente puede tener derecho a toda la herencia si, por ejemplo, fuera llamado por la ley como heredero abintestato. Si el instituido heredero premuere o renuncia a la herencia y se abre la sucesión intestada a la que es llamado el desheredado injustamente, me parece claro que debe recibir su cuota intestada, sin perjuicio de los legados y mejoras establecidas expresamente.

De otra parte, si una desheredación injusta apoyada en una causa no probada se rige por el art. 851 del mismo modo que una desheredación injusta apoyada en una causa no legal, y siendo claro, a mi juicio, que en el primer caso no hay razón para reducir al legitimario a la legítima corta (salvo que existan mejoras que agoten el tercio de mejora) creo que hay que sostener que la desheredación injusta proporciona al legitimario la legítima sin más, es decir, la parte alícuota de dos tercios, excepto la de la parte empleada válidamente en mejorar (esto es la parte alícuota del tercio llamado de legítima estricta y la parte alícuota del tercio de mejora no empleada en mejorar válidamente). Dada la regulación unitaria de los efectos de la desheredación injusta, o se aplica el mismo régimen para toda desheredación injusta de acuerdo con la letra del art. 851 o se reduce la tesis dominante a los casos de desheredación apoyada en una causa no legal, pero cuya certeza se pruebe, o apoyada en una causa falsa en el sentido de mentira, siempre que se pruebe en este caso que el testador mentía sobre la existencia de la causa. Solamente en estos últimos casos con la prueba de la certeza de la causa insuficiente o con la prueba de la mentira del testador se puede argumentar como lo hace la doctrina dominante. De otra manera, se trata de una manipulación de la expresión "la voluntad del testador".

En conclusión, las argumentaciones que pretenden apoyar en la voluntad del testador la reducción del desheredado injustamente a la legítima corta son inadmisibles. Se apoyan en una criticable sentencia (STS 23.1.1959) en la que el testador desheredó por una causa falsa, por lo que no se podía invocar su voluntad.

³⁷. Si, por ejemplo, existe una mejora expresa a favor de uno de los dos hijos no desheredados, que no agote el tercio destinado a mejorar, supuesto que el desheredado injustamente no tiene parte en dicho tercio, parece que el resto no utilizado en mejorar corresponde a ambos hijos no desheredados, con lo que un hijo habría sido mejorado expresamente en, por ejemplo, la mitad del tercio de mejora y tácitamente en un cuarto de ese mismo tercio. Me parece que esto no es lo que dice el art. 851 cuando dispone que se respeten las mejoras.

No existe ninguna razón para favorecer las desheredaciones injustas ni su conversión en mejoras tácitas. La voluntad del testador no es la voluntad basada en una causa falsa en el sentido de errónea o no probada, si las reglas de la carga de la prueba, como hace el art. 850, imponen considerarla falsa. No se ve cómo puede apoyarse una mejora en una voluntad fundada en una causa falsa semejante.

En el Derecho romano era claro que la causa falsa era relevante en la desheredación. Paulo explica en D.28.2.19 que “exheredationes autem non essent adiuvandae”³⁸. Esta perspectiva, ante una desheredación injusta, parece más plausible que la de favorecerla con una conversión incluso cuando la causa expresada no resulte probada.

Si del art. 851, que pretende ser el modelo de la preterición intencional, volvemos al 814.1 aumenta la perplejidad ante la interpretación de la doctrina dominante. La generalidad de los autores profesa una notable animadversión a los que califican de demoledores efectos de la preterición. Algunos incluso manifiestan el temor de que los hijos extramatrimoniales obtengan cuotas hereditarias a costa de los matrimoniales o del cónyuge. Por otra parte, existe la generalizada opinión de que la sanción de la preterición busca castigar el incumplimiento de un deber del testador respecto de los legitimarios. La voluntad del testador es invocada paradójicamente para reducir esos efectos demoledores, porque si se trata del incumplimiento de un deber el incumplimiento voluntario debería aumentar los efectos demoledores y no reducirlos. Se invoca inconstitucionalmente cuando se persigue que los extramatrimoniales reciban lo mínimo posible. Y se invoca contradictoriamente cuando con la voluntad del testador se intenta incluso salvar lo dispuesto por el testador con error o imprevisión. Esa voluntad del testador aparece coloreada por las ideas que profesan los autores que se ocupan de estos temas y, por consiguiente, cuando apelan a la voluntad del testador en realidad invocan una voluntad pergeñada de componentes sociales que nada tiene de voluntad individual. Hay demasiados elementos sociales en la construcción de esa voluntad del testador, que además no siempre están en consonancia con los principios constitucionales.

También hay que decir claramente que uno es el problema de la legítima y otro el de la preterición. La legítima puede someterse a un debate de política legislativa que conduzca al aumento de la libertad de testar, pero no debe olvi-

³⁸. Según dice B.BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. M FAIRÉN, Barcelona 1960, p. 531: “En materia de desheredación, como la conciencia social no es favorable a ella y la jurisprudencia afirma que *non sunt adiuvandae*, los juristas admiten la nulidad cuando sea hecha en base de una causa expresa que luego resulte falsa”.

darse que la preterición es tanto más importante en un Ordenamiento jurídico cuanto más libertad de testar exista en él, precisamente por ser un problema de falta de declaración de voluntad del testador. Su sanción debe ser independiente de la cobertura de la legítima sobre todo si esta es corta o muy corta. Por otra parte, hay dos maneras diferentes de ver la relación de los padres con los hijos. Una, la castellana o del Código civil que parte de la igualdad de trato³⁹, y otra la de otras regiones, como Cataluña, en las que se parte de la desigualdad de trato. Cuando se estudian problemas de la voluntad del testador esos planteamientos no son ajenos a las soluciones propugnadas, especialmente cuando se habla de una voluntad irreal reconstruida con la imagen de un modelo social⁴⁰.

Al tratar de la preterición hay que señalar la paradoja de hablar de una voluntad del testador que no tiene expresión en el testamento bien intencionadamente, bien sin intención. Resulta cuando menos llamativo que la voluntad de no declarar en el testamento sobre un hijo, signifique una voluntad testamentaria respecto de él. Si hay preterición el testador no declara nada, pero no hay una voluntad testamentaria de no dejarle nada. La llamada preterición intencional solamente implica intención de no declarar sobre el hijo, pero no es una declaración de voluntad testamentaria revestida de la forma correspondiente. Una omisión semejante puede deberse a diferentes razones, pero no es descabellado pensar que puede deberse a captación de la voluntad, incapacidad, error o falta de libertad a la hora de revelar la existencia del hijo⁴¹. En estos casos, aunque la preterición sea intencional, solamente lo es en cuanto se quiso omitir una declaración de voluntad, pero no por una voluntad libre y exenta de vicios. Si la preterición intencional se basara en una causa falsa, sería paradójico equipararla a la desheredación injusta en vez de considerarla una preterición no intencional, y no obstante, la doctrina dominante, para ser coherente, debería equiparar la preterición intencional determinada por una causa falsa a la desheredación injusta por ser falsa la causa.

³⁹. Véase sobre esto ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid 1884, p. 130, 139 y ss.

⁴⁰. Véase el interesante planteamiento de GARCÍA-RIPOLL, *ADC* 1995, p. 1105 y ss. sobre el fundamento de la colación y su dispensa.

⁴¹. Marcelo en D. 5.2.3 afirma que la preterición o la desheredación ordinariamente ocurren cuando los ascendientes son instigados con alguna falsedad sobre sus descendientes. Por su parte Gayo en D.5.2.4 nos dice que no ha de tenerse condescendencia con aquellos ascendientes que en el testamento hacen injuria a sus descendientes; lo que ordinariamente hacen expresando malignamente una voluntad contraria a su propia sangre, corrompidos por los halagos e instigaciones de las madrastras.

En la preterición no intencional, debería ser obvio que no se puede argumentar con la voluntad del testador para regular sus efectos. La Ley opera con una voluntad hipotética, pero no con una voluntad real. Se supone que un testador prefiere a sus hijos a cualquier otra persona y por eso ante la preterición no intencional de todos se anulan todas las disposiciones patrimoniales. No cabe aquí salvar algunas disposiciones por medio de cláusulas dirigidas a modificar los efectos que la ley atribuye a la imprevisión o al error. Es paradójico querer apoyar en la voluntad del testador unas disposiciones testamentarias que deberían regir en caso de voluntad viciada por imprevisión o error. Una exclusión semejante de la ley aplicable no es admisible (art. 6.2). El art. 814 en su último párrafo no puede querer decir eso. Las normas sobre preterición no intencional no son dispositivas por varias razones. Primero porque es paradójico prever para el caso de imprevisión o error y segundo porque no se trata de derechos del testador a los que pueda renunciar, sino de garantías formales sobre su voluntad en beneficio de sus descendientes. La exclusión de la ley aplicable sería en perjuicio de terceros, lo que no es admisible (art. 6.2).

La doctrina se equivoca al relacionar la preterición no intencional con la legítima. En realidad la preterición carece de sentido como institución relacionada con la protección de la legítima material. El párrafo último del art. 814 es expresión de ese error. Las legítimas son de derecho imperativo y la voluntad del testador nada puede contra ellas. Es obvio que hay que salvar las legítimas en contra de la voluntad del testador, pero eso no hacía falta decirlo. Si se quisiera que la preterición fuera un mero problema de cobertura de la legítima, habría que modificarla casi totalmente el art. 814. También es claro que no tiene ninguna relevancia que el testador que cumple con los legitimarios lo haga con voluntad o sin ella. Del mismo modo es claro que si hay preterición no intencional total se anulan todas las disposiciones patrimoniales y no prevalece la voluntad del testador ni en la parte de libre disposición (art. 814.1º). También me parece claro que si, por ejemplo, de los tres hijos del testador, uno es preterido no intencionalmente y los otros instituidos herederos en toda la herencia, sin legados ni mejoras, el preterido obtiene íntegra su cuota intestada.

En conclusión las consecuencias de una falta de declaración de voluntad testamentaria respecto de los herederos forzosos (preterición), no es importante en cuanto a sus derechos como legitimarios, porque frente a la legítima la voluntad del testador es irrelevante e impotente, sino en cuanto a sus derechos como herederos abintestato, respecto de los que es decisiva.

IV. VOLUNTAD AL TIEMPO DE OTORGAR TESTAMENTO Y VOLUNTAD ULTERIOR

La voluntad real del testador no puede ser otra que la expresada en el momento del otorgamiento, pero la voluntad irreal, supuesta por la ley para integrar el testamento ante acontecimientos imprevistos, no tiene anclaje en un tiempo concreto precisamente por ser una voluntad irreal⁴².

El legislador se ha ocupado de la preterición no intencional, uno de cuyos supuestos clásicos es el de los hijos nacidos después del testamento o incluso después de la muerte del testador. Supone la ley que los testadores que no prevén el nacimiento de hijos que les sobrevivan, no habrían dispuesto como lo hicieron y por eso anula sus disposiciones. En este supuesto, no debe importar una voluntad ulterior del testador no manifestada en testamento, porque las disposiciones testamentarias ineficaces no se convalidan por no ser revocadas. El testador solamente necesita revocar disposiciones válidas. Las inválidas no se convalidan por no ser revocadas. No obstante, se ha cuestionado si la intencionalidad ha de ser apreciada con referencia al momento del otorgamiento del testamento o puede ser apreciada con referencia a otro momento ulterior y en particular si puede deducirse de la pasividad del testador que no revoca el testamento⁴³.

⁴². Sobre este interesante tema, al que aquí sólo se puede aludir, véase JORDANO BAREA, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, IX. Madrid 1990, p. 266 y ss. LANGE, *Die Verwicklung des wahren letzten Willens des Erblassers* en Jherings Jahrbücher 82, p. 1 y ss. ; H.FOER, "Die Berücksichtigung des Willens des Testators bei der Auslegung mehrdeutiger Verfügungen vom Todes wegen", *AcP* 153, p. 492 y ss. ; S. SIEKER, "Der Motivirrtum des Erblassers aufgrund nicht bedachter Ereignisse", *AcP* 201 (2001), p. 697 ss. que plantea la trascendencia que las importantes alteraciones de las circunstancias debidas a la reunificación alemana pueden tener en los testamentos. FLUME, *El negocio jurídico*, cit. p. 402 y s. Dice FLUME, p. 403, que la interpretación integradora es, a diferencia, de la interpretación, una interpretación *ex nunc*.

⁴³. Véase el resumen de la cuestión en RIVERA, "Comentario a la STS 30.1.1995", *CCJC* 38, nº1031, p. 704 y ss. No puedo compartir la opinión de este autor cuando mezcla el problema con la cuestión de si las donaciones imputables a la legítima evitan la preterición. La preterición no debe verse como un problema de cobertura de las legítimas, sino de ausencia de declaración de voluntad del testador respecto de sus herederos forzosos. Por tanto, desde ese punto de vista es obvio que la donación efectuada a un legitimario no impide la preterición si no hay una declaración testamentaria sobre ella. La preterición es un problema de omisión de una declaración de voluntad en el testamento y por eso ha de juzgarse con referencia al momento de su otorgamiento.

Este criterio, a mi juicio erróneo, ha sido seguido por las SSAP Cádiz 5.6.2000 y Granada 12.5.2001. Estas sentencias consideran que son intencionales las pretericiones de hijos nacidos después del testamento por razón de no haber sido revocado. En mi opinión son sentencias inadmisibles que sustraen *contra legem* derechos sucesorios de los hijos.

Correctamente la STS 1.7.1969 dice: "... dicha doctrina proclama igualmente que la desheredación o la preterición han de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne y única de quien dispuso de sus bienes para después de su muerte, evitando dejar dicha voluntad en las sombras y oscuridad, sea que ésta dimanase de ignorancia o de propósito deliberado de burlar los derechos que la ley le reconoce, pues todas estas hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero forzoso, desvirtúan la fuerza y eficacia moral de dicha voluntad presunta, y justifican la anulación de la institución de herederos conforme al artículo que se examina, por lo cual no cabe relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno inter vivos; por otra parte la doctrina afirma que el precepto aplicado, art. 814 del CC, no autoriza ninguna interpretación en cuanto a las consecuencias de la preterición en testamento de dichos herederos, cual ocurre en este caso, respecto a la actora única heredera forzosa del testador, dando lugar el supuesto de preterición a la sucesión intestada".

La excelente STS 23.1.2001 rechaza la idea de que la pasividad del testador pueda interpretarse como voluntad de reducir al hijo nacido después de otorgado testamento a la legítima estricta como si hubiese sido preterido intencionalmente. Dice esta sentencia: "Desde otro punto de vista y prosiguiendo con el análisis del razonamiento de los recurrentes, ha de afirmarse que resulta difícil interpretar un testamento teniendo en cuenta hechos que ocurren o actitudes que se adoptan o se omiten varios años después de su otorgamiento. Así, se presenta como inadmisibles valorar la inactividad testamentaria de D. Fernando Javier entre el 13 Febrero 1991 y el 5 Febrero 1994 como producto de su deliberada voluntad de reducir a su hijo extramatrimonial a la legítima estricta que pudiera corresponderle, lo que convertiría en intencional su preterición.

Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento".

Esta doctrina merece ser compartida. Puede proporcionar una pauta adecuada para resolver un problema importante más general consistente en precisar qué cambios de circunstancias posteriores al testamento pueden valorarse como relevantes para su eficacia. Por ejemplo, para decidir la incidencia que las crisis matrimoniales pueden tener en las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge.

Los supuestos de preterición no intencional guardan relación con las alteraciones de las circunstancias relevantes que determinan la voluntad del testador. Por ejemplo, un testamento en el que un testador soltero sin ascendientes ni descendientes instituye único heredero a un sobrino no puede considerarse que refleje la verdadera voluntad del testador si al morir deja esposa e hijos. Como el testador dispone para después de la muerte, su voluntad se dirige a producir efectos en la situación existente en ese momento y, por tanto, al menos implícitamente, presupone las circunstancias que entonces existirán. En el ejemplo anterior, la presuposición de morir soltero y sin hijos ha fallado y habría que impugnar por error⁴⁴ las disposiciones del testador si no existieran las normas sobre la preterición no intencional⁴⁵. El error no tiene como conse-

⁴⁴. Incluyendo en el error la ignorancia de que la situación actual no se mantendrá.

⁴⁵. Es discutible la doctrina de la Resolución de la DGRN de 13.9.2001. En un caso de preterición no intencional de todos los hijos y del cónyuge, resulta duro imponer a éstos el ejercicio de una acción de "anulación" de las disposiciones patrimoniales contenidas en el testamento. Un testador soltero hizo testamento en 1939 a favor de sus hermanos, después contrajo matrimonio, tuvo dos hijos y falleció en 1993 sin haber otorgado nuevo testamento. La DGRN entiende que se requiere, para proceder a inscribir los bienes a favor de los hijos y del cónyuge, o el consentimiento de los herederos testamentarios o una sentencia que anule las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. La errónea idea de la preterición como institución que sólo protege la legítima aparece en esta resolución, pero ni siquiera la idea de que el problema de la preterición se reduce a la salvaguardia de las legítimas, formulada de alguna manera en el párrafo final del art. 814, autorizaría una decisión semejante cuando la vulneración de los derechos de todos los legitimarios es tan clara y patente. Aparte del art. 814, el art. 763 ya indica que en este caso se ha producido una contravención de lo dispuesto en la ley que conduce a la nulidad de pleno derecho sin más a falta de otros datos de Derecho positivo. El art. 763 merece más atención de la que la doctrina le dedica, porque el que tuviere herederos forzosos no puede disponer de todos sus bienes a favor de cualquier persona y por consiguiente ofrece base más que suficiente para apreciar la nulidad de esas disposiciones. Los legitimarios, que además obviamente son herederos abintestato y es esta cualidad la que protege la preterición no intencional de todos ellos, en este caso no pueden inscribir los bienes, pero los herederos testamentarios tampoco, porque existen legitimarios (vid. por ejemplo RDGRN 25.6.1997) y preterición no intencional de todos ellos. ¿Cómo se va a permitir inscribir los bienes a los herederos testamentarios si su institución es, si no nula de pleno derecho, al menos claramente impugnable y no respeta de ninguna manera los derechos

de los legitimarios en cuanto tales y no sólo en cuanto herederos abintestato? ¿Por otra parte, acaso se puede inscribir un acto dispositivo otorgado por un incapaz sólo por seguir la discutible teoría de que los contratos anulables son válidos mientras no se anulen? Entre el derecho de los hermanos y el de los hijos y el cónyuge preteridos, la cuestión es bien clara y, sin embargo, la DGRN no lo ha visto así, dejándose llevar por algunos tópicos. La idea de que el *ius dicendi nullum* ha dejado paso a la *querella inofficiosi testamenti*, aparte de ser discutible, parece fuera de lugar que la recuerde la resolución en un Ordenamiento jurídico que no conoce tales acciones ¿pues de dónde resulta hoy el régimen de esas acciones? También es improcedente la alusión a la significación de la no revocación que se contiene al final de la resolución. Si un caso puede ejemplificar bien la irrelevancia de la omisión de la revocación de un testamento con disposiciones nulas, ese caso es éste (acertadamente la excelente STS 23.1.2001 que dice: "de la inactividad del testador en orden a otorgar nuevo testamento no es deducible la intencionalidad de la preterición: ésta ha de resultar del propio testamento). Hecho testamento en 1939 cuando el testador era soltero y fallecido en 1993 casado y con dos hijos me parece evidente la ineficacia de las disposiciones adoptadas en 1939 a favor de sus hermanos. Sostener lo contrario es producto de la incomprensión de lo que significa la preterición. Los preconceptos doctrinales acerca de la anulabilidad son también responsables del malentendido. Se anularán las disposiciones testamentarias no quiere decir que serán válidas mientras no se obtenga una sentencia constitutiva. Es la preterición la que produce el efecto de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y no una decisión judicial. Es el nacimiento ulterior de los hijos y su existencia al tiempo de la muerte del testador lo que anula las disposiciones patrimoniales del testamento, no una pretendida sentencia constitutiva. Esto también era claro en la antigua redacción del art. 644, que fue mal corregida, a mi juicio, en la reforma de 1981. Es la preterición la que anulará las disposiciones patrimoniales y no una pretendida acción rescisoria, cuyo régimen parece arbitrario extraer de la rescisión de los contratos. Producida la muerte del testador con todos sus hijos preteridos no intencionalmente, las disposiciones patrimoniales son nulas. Lo que es nulo puede y debe ser apreciado por el funcionario encargado de calificar. Es obvio que los hermanos no pueden inscribir los bienes a su favor. Si conforme a la calificación registral nadie puede inscribir los bienes a su favor, algo falla. La posibilidad de renuncia a la acción o de una transacción no puede argumentar a favor de la validez de las disposiciones patrimoniales en caso de preterición no intencional. Me parece una mala decisión que provoca graves consecuencias para quienes era claro que tenían derecho a toda la herencia sin sombra de duda. Mucho más fácil hubiera sido resolver el caso si, como es correcto, se partiera de la preterición como un defecto de forma del testamento. Relacionada con la legítima material, lo que es erróneo, la cuestión es innecesariamente más compleja. Es decir o la sanción de la preterición es la sanción del incumplimiento de una carga de tipo formal, cuyo cumplimiento garantiza la voluntad del testador respecto de sus hijos, o la preterición es inútil como institución diferente de las demás acciones de protección de la legítima. En un Derecho como el español en el que no existe una regulación de esas acciones, parece un tanto arbitraria la especulación sobre su distinta naturaleza y sus diversos plazos de prescripción. La naturaleza de la legítima, por otra parte, no es una cuestión pacífica, pero al menos es unánime la opinión de que debe percibirse en bienes hereditarios, excepto en supuestos especiales que no son los contemplados por la resolución ahora comentada. Esto también habla en contra de considerar ni siquiera una provisional validez de las disposiciones patrimoniales de un testamento que contenga preterición no intencional de todos los hijos. En el caso de la resolución esa preterición no intencional no podía ser más clara, pues es una aberración estimar la inactividad del testador como una declaración de voluntad testamentaria.

cuencia privar de la legítima al hijo, sino privarle de la sucesión intestada por un testamento basado en ese error o imprevisión. Es evidente que las disposiciones estén o no basadas en errores o imprevisiones del testador no pueden privar a los legitimarios de sus derechos como tales, pero sí de sus derechos como sucesores abintestato, porque esta sucesión sí puede ser excluida por la voluntad del testador⁴⁶. Las normas sobre preterición se diferencian claramente de la norma contenida en el art. 767 en cuanto no exigen en ningún momento la prueba de que las disposiciones patrimoniales no se habrían adoptado si el testador hubiera conocido o previsto la existencia de sus hijos preteridos. La conexión ha sido establecida legalmente y no es precisa la regla del art. 767 que por lo demás tiene un origen mucho más concreto⁴⁷. Para su aplicación, las normas sobre preterición no intencional no exigen que el testador diga, por ejemplo, en caso de creer muerto a su hijo, que instituye heredero u ordena el legado por esa causa⁴⁸. Este planteamiento importa para ver con claridad el problema que se trata de resolver con las normas de la preterición no intencional. El supuesto de hecho normativo del art. 814 no exige que se pruebe la relación de causalidad entre la imprevisión o el error del testador y las disposiciones patrimoniales efectuadas. Por el contrario, cuando estemos ante otras alteraciones de las circunstancias que puedan determinar una sobrevenida desaparición de la causa de las disposiciones testamentarias, entonces habrá que probar dicha relación.

La revocabilidad del testamento proporciona al testador un medio para controlar el ajuste del testamento a las nuevas situaciones⁴⁹. Por eso, podría

⁴⁶. CH. JUNG, "Die Testamentanfechtung wegen "Übergehens" eines Pflichtteilsberechtigten", *AcP* 194 (1994), p. 44: "Indiscutiblemente otorga el § 2079 un derecho de impugnación a quien pretende haber sido excluido de la sucesión intestada a consecuencia de un error del testador".

⁴⁷. Véase D. 35.1.72.6: *Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret; sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*. Esto es: Es más cierto que una causa falsa no perjudica al legado, porque no es inherente al legado la razón de legarlo; pero las más de las veces tendrá lugar la excepción de dolo, si se probase que de otro modo no hubiera hecho el legado.

⁴⁸. Véase no obstante, M. RIVERA, *La preterición en el Derecho común español*, Valencia 1994. A juicio de ALBALADEJO, "De nuevo sobre el error", en *Estudios* p.469 nota7, la regla sobre invalidez por error de las disposiciones testamentarias podía formularse así: se requiere que el motivo (causa) *conste* en el testamento (art.767.1º) y que resulte del testamento que fue *determinante* (art.767 *in fine*).

⁴⁹. Así por ejemplo la STS 10.6.1992 dice: "., finalmente, porque ocurrido el fallecimiento de su primera esposa y contraído el nuevo matrimonio, pudo el repetido testador, don Marcel L., variar la institución hereditaria operada en su testamento, lo que en forma alguna llevó a cabo, por todo lo cual procede la desestimación de este segundo motivo". La cuestión deci-

pensarse en mantener la eficacia de las disposiciones testamentarias cuando a pesar de haber desaparecido su base, el testador no revoque el testamento. Ahora bien, esta solución significa alternativamente:

1) que la falsedad de la causa en el sentido de sobrevenida falta de causa, no hace ineficaz la disposición a pesar de ser esa causa determinante de la institución o legado.

2) que la voluntad de mantener una disposición ineficaz es jurídicamente relevante aunque no se exprese en el testamento, e incluso que esa voluntad puede deducirse de la mera inactividad o silencio del testador.

En caso de preterición por superveniencia de hijos siempre se ha estimado que se trata de una preterición errónea (o no intencional), salvo que el testador hubiera previsto en el testamento el nacimiento del hijo. Esta idea es coherente con que el conocimiento posterior que el testador tenga de la existencia de un hijo no impide la ineficacia de la institución de heredero (en su caso de todas las disposiciones patrimoniales), porque el testador no tiene la carga de manifestar ninguna voluntad si no quiere que una disposición ineficaz se convierta en eficaz. No existe una carga del testador consistente en subsanar una ineficacia que la Ley ha establecido, aunque la ley disponga esa ineficacia considerando la voluntad típica de los testadores y los intereses que la ley quiere proteger (los de los hijos y descendientes preteridos). Es más razonable entender que si alguien quiere que se mantengan ciertas disposiciones en contra de lo que la ley supuso que era su voluntad, tenga la carga de decirlo en la forma prescrita para testar.

En el recurso resuelto por la STS 23.1.2001, se afirma por el recurrente: “De la observación de las fechas en que se produjeron los hechos enumerados en el primero de los Fundamentos Jurídicos de esta resolución resulta que el causante acudió al Notario para protocolizar el convenio en que se comprome-

decisiva en esta sentencia era si la condición de morir viudo debía entenderse en sentido propio o, por el contrario, limitada al caso de sobrevivir a su actual esposa, es decir a haber quedado viudo de ésta, aunque al morir estuviera casado con otra. Se trata de una interpretación de la voluntad del testador que no debe verse afectada por no haber cambiado el testamento. El testador, en efecto, pudo pensar que no muriendo viudo la condición no se cumplía o creer que al haber quedado viudo de su primera mujer se cumplía la condición. La cuestión no está en averiguar lo que pensó después de otorgar testamento y dar importancia para ello a que no lo revocó. Por otra parte, existe un problema general en el derecho español a diferencia de otros, porque contraer matrimonio después de otorgado testamento no lo revoca. Esto es coherente con que no existe preterición no intencional del cónyuge.

tía a cubrir determinadas necesidades de su hijo extramatrimonial, por lo que si hubiese querido igualarlo a efectos hereditarios con los matrimoniales, podría haberlo hecho. Por tanto, concluyen, si no lo hizo es que no tenía tal voluntad y esta voluntad que es ley del testamento debe ser respetada". *Ley del testamento* no puede ser una voluntad no declarada en él y que además debería referirse a una persona inexistente en el momento de otorgarlo.

La STS 23.1.2001 dice acertadamente: "En definitiva, es cierto que la voluntad del testador ha de considerarse como realmente relevante –así lo dispone el art. 675 del CC– pero precisamente la concreta voluntad que el testador ha formado en atención a la realidad o a la situación que puede contemplar y valorar en el momento en que lleva a cabo el otorgamiento. Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante. Como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana STS 1 Julio 1969, la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento".

Errónea en cambio debe reputarse la SAP Cádiz 5.6.2000 que otorga relevancia a la pasividad del testador que había testado mucho antes de tener un segundo hijo extramatrimonial. También la SAP Granada 12.5.2001, que en caso de testamento hecho mucho antes de tener un hijo extramatrimonial da relevancia a que el testador no revocara el testamento. Afirma esta sentencia que el testador de manera intencionada, deliberada, omitió al legitimario, cuya existencia conocía. Olvida sin embargo, que está valorando como voluntad del testador la que no pudo expresar en el testamento. La doctrina de esta sentencia denota falta de rigor al hablar de la voluntad del testador. Al error evidente de reputar preterido intencionalmente a un hijo nacido después del testamento, se suma, *obiter dicta*, la muy discutible equiparación entre preterición y desheredación y la también discutible valoración de la preterición o de la desheredación injusta como voluntad de mejorar aceptada por la Ley.

El hijo concebido después del testamento no puede ser preterido intencionalmente. Si en el testamento se prevé su existencia, no será preterido de nin-

guna manera y si no se prevé, su preterición será no intencional⁵⁰. No cabe que sea intencional la preterición del que no ha nacido ni ha sido mencionado como ser futuro. En este sentido, acertadamente, la citada STS 23.1.2001.

Las crisis matrimoniales en relación con la voluntad del testador plantean un problema semejante al del nacimiento de un hijo después de otorgado el testamento⁵¹. La diferencia importante es que no hay previsión legal específica que regule el tema en el Código civil, a diferencia de lo que sucede en el Código de Sucesiones catalán (art. 132).

Cuando se produce un divorcio, una nulidad o una separación judicial e incluso algún tipo de separación extrajudicial, como la aludida en el art. 945 del Código civil, debe cuestionarse la eficacia de las disposiciones testamentarias efectuadas a favor del cónyuge. Lo más razonable es estimar que son ineficaces, si es que la voluntad del testador es algo más que una pura entelequia. Si algún divorciado quiere que se mantengan las disposiciones testamentarias que hizo en su testamento en favor de su cónyuge antes del divorcio, le incumbe ratificarlas. El problema es si para ello se requiere forma testamentaria o puede valer una voluntad deducida de pruebas extrínsecas.

Tres sentencias de Audiencias Provinciales sobre el Código civil y una sobre el Código de Sucesiones catalán (SAP Lleida 19.12.2000) han abordado, a lo que sé, el problema de la validez de las disposiciones testamentarias otorgadas a favor del cónyuge antes de una separación o de un divorcio.

Dos de las tres sentencias sobre el Código civil no otorgan relevancia ni a la separación judicial (SAP Toledo 11.7.2000) ni al divorcio (SAP Asturias 8.3.2000) sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge efectuadas antes de dichos eventos. En contra, la SAP Málaga 13.12. 1999 considera ineficaz, por el divorcio posterior al otorgamiento del testamento, la institución de heredera a favor de la esposa. En mi opinión, esta es la decisión correcta y la única que entiende en sus justos términos el principio de la soberanía del testador.

⁵⁰. Me parece discutible que deba considerarse intencional la preterición del concebido cuya existencia conoce el testador. No sé si con ello se aplica aquí el art. 29, lo que no sería aceptable, porque sólo se tiene por nacido para los efectos favorables. También puede pensarse que ello no es aplicación del art. 29.

⁵¹. CASAS VALLES, R.: "Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio", *ADC*, 1993, pp. 1747 y ss. CAÑIZARES LASO, "Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior", en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga 2001.

En la SAP Toledo 11.7.2000⁵² se argumenta con los preceptos sobre el error en los contratos y la causa de la institución de heredero de manera inaceptable. No se aplica correctamente el art. 767, porque se considera que la voluntad del testador se renueva día a día después del otorgamiento del testamento y que la circunstancia desconocida por el testador, que permitiría impugnar, debe permanecer ignorada por él hasta su muerte. Se da relevancia a la posibilidad de revocar el testamento por parte del testador⁵³.

⁵². En la SAP Toledo 11.7.2000 los hechos eran los siguientes: 1) D. Teodoro B., casado con D.^a Victoria C. S. (demandada y recurrida) otorgó testamento abierto en 1983, instituyendo heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su esposa, D.^a Victoria C. S. 2) D. Teodoro y D.^a Victoria no tuvieron descendencia. 3) Los citados cónyuges se separaron matrimonialmente de mutuo acuerdo el 13 Nov. 1996. 4) D. Teodoro falleció como consecuencia de un accidente de tráfico el 28 Dic. 1996.

⁵³. La sentencia dice: El Tribunal está de acuerdo con el razonamiento del juez de instancia. El error, como causa invalidante del consentimiento (art. 1266 CC.) es aquel que recae sobre la sustancia de la cosa que es objeto de contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, lo que ha venido siendo interpretado por la jurisprudencia como «derivado de actos desconocidos para el que lo sufre e inexcusable» (SSTS 7 Jul. 1981, 12 Jun. 1982, 17 May. 1988), semejante en cuanto a su función sociológica y jurídica, a la ignorancia, con el fin de corregir situaciones jurídicas límite que sobrepasan las actuaciones establecidas para elucidar los negocios jurídicos. Esta teoría del error en el negocio jurídico no es inaplicable al derecho de sucesiones, por más que en el art. 673 del CC no se mencione expresamente el error como causa de nulidad de los testamentos, porque sí es tenido en consideración en otros preceptos como motivo de nulidad de las disposiciones testamentarias, encontrando su adecuada expresión en el art. 767.1, bajo la denominación de falsedad de la causa. Por causa, en la institución de heredero debe entenderse la mera liberalidad del causante, puesto que es un acto de libre disposición de bienes o benéfico si se produce fuera de las normas de derecho necesario que amparan a los herederos forzosos; cuando esa liberalidad no está determinada por un falso conocimiento de la realidad, procedente del propio testador y no de un tercero (estaríamos en este supuesto ante el dolo), la institución de heredero es válida. En el presente caso, los actores no pueden alegar el desconocimiento por parte del testador de la institución jurídica que impugnan –nombramiento de heredero–, lo que significa y representa; luego solo la existencia de una circunstancia falsa y determinante de la expresión de voluntad que el testamento comporta, y desconocida por el declarante al tiempo de hacer testamento podría implicar la nulidad del acto. Esa circunstancia debe ser ignorada desde que se hace el testamento y en todo momento posterior hasta la muerte del testador, porque, si bien el testamento abierto se configura bajo el principio de unidad de acto, su validez se renueva día a día hasta que produce efectos. En el presente caso, D. Teodoro instituyó a su esposa D.^a Victoria como su única y universal heredera, y careciendo de descendientes, podía hacerlo. Durante trece años convivieron bajo la validez de la institución y cuando se separaron no modificó su testamento pese a que, desde el momento de la separación legal, que fue posterior a la separación de hecho, tuvo tiempo y salud para hacerlo.

En la SAP Asturias 8.3.2000⁵⁴, en un caso de divorcio, se da especial importancia a la designación de la esposa por su nombre y apellido, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposa, a la posibilidad de revocación y la indiferencia de las circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento para determinar la voluntad del testador, que siempre ha de fijarse en relación al tiempo del otorgamiento del testamento⁵⁵.

La separación matrimonial no produce la ruptura del vínculo, y por tanto los cónyuges separados siguen siendo cónyuges, no puede argumentarse que la institución de heredero hecha en los siguientes términos: Instituye heredera en todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa D.^a Victoria C. S., se hiciera con la condición de que fuera y siguiera siendo su esposa, porque de derecho, seguía siendo su esposa cuando falleció, y porque de la redacción del testamento no puede extraerse una condición resolutoria. Es impensable que el testador desconociera su situación matrimonial, que según la prueba testifical y de confesión era de separación de hecho mucho antes de la separación legal, y es también impensable que ignorara su disposición testamentaria. Expresiones como las de «tengo que cambiar el testamento», o «voy a cambiar el testamento», que testimonia Angel R. R., amigo de Teodoro, haberle oído alguna vez, carecen de virtualidad jurídica para estimar afectada de falsedad la institución de heredero, y no acreditan un propósito firme en una materia tan formal y tan íntima como la presente. No apareciendo ni la violación del derecho ni el error en la apreciación de la prueba que se alegan por recurrentes, procede la desestimación del Recurso”.

⁵⁴. Los hechos son los siguientes: Con fecha 20 Dic. 1977, D. Julio O. H. otorgó testamento ante notario, en el que establecía la siguiente cláusula: «instituye única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, a su esposa D.^a Inés O. S. M.», con la cual manifestaba encontrarse casado en únicas nupcias, sin haber tenido descendencia. Posteriormente, por S 21 Mar. 1985, se declaró la separación judicial de dicho matrimonio, y por otra de 27 Nov. 1989, la disolución por causa de divorcio. El causante falleció el 7 Jul. 1997 sin haber revocado el citado testamento.

⁵⁵. La sentencia afirma :De la lectura del testamento litigioso se evidencia sin género de duda que la voluntad del testador, literalmente expresada, fue nombrar heredera a la aquí demandada D.^a Inés, a la sazón su esposa, designada por su nombre y apellidos, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposa. Como señala la TS S 29 Dic. 1997 en un caso parcialmente análogo, curiosamente citada por las apelantes, es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos». Por otra parte, la indagación de la voluntad real del testador ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir, cuando otorgó el testamento, pero no a otro anterior, que resultaría intrascendente, ni posterior, pues, como recuerda el art. 737 del mismo Código, todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, con lo que siempre estará en su mano expresar cual sea su nueva voluntad *mortis causa*. Pretender averiguar cuál fuera esa voluntad en base a circunstancias posteriores, cuando no llegó a ser expresada y se mantuvo la vigencia del anterior testamento, entraría de pleno en el terreno de las hipótesis y constituiría un grave atentado a la seguridad jurídica más elemental. En este sentido, la sentencia citada de 29 Dic. 1997 recuerda que el testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento, y califica de absurdo, ilógico y contrario al art. 675 del Código que se interprete el testamento en base a circunstancias posteriores a ese momento, que son intrascendentes para formar aquella voluntad.

En la SAP Málaga 13.12.1999⁵⁶ por el contrario se consideró irrelevante la posibilidad de revocación para juzgar sobre la ineficacia de las disposiciones en favor del ex-cónyuge. La sentencia entiende que normalmente el testador no habrá establecido tal disposición tomando en consideración una eventual nulidad, divorcio o separación y, por consiguiente, lo que deberá plantearse es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Entiende también que: "la causa contemplada en este precepto (art.767) es la razón o el motivo que lleva al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado al acto de disposición. Mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código Civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código Civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz".

La Resolución de la DGRN 26.11.1998 tuvo que decidir un caso semejante⁵⁷.

⁵⁶ Los hechos eran los siguientes: El día 11 de julio de 1978 don José P. G., esposo en aquel momento de la demandada, otorga testamento instituyendo heredera universal a su esposa doña Adoración P. R.; en 1984 se produce la separación de hecho de los cónyuges, otorgando capitulaciones matrimoniales el día 4 de abril de 1984 constituyendo el régimen económico matrimonial de separación de bienes; posteriormente en 1992 la esposa interpone demanda de divorcio, obteniéndose el mismo en virtud de sentencia dictada el día 26 de enero de 1994; el día 10 de abril de 1994 fallece don José P. G.

⁵⁷ La Resolución dice así: "La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. artículos 738, 739 y 743 de Código Civil). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges la revocación por ministerio de la Ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 del Código Civil; o de lo dispuesto, respecto de las disposiciones testamentarias, en el mencionado artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, o de la ineficacia de las disposiciones prevenida en códigos de otros países como, por ejemplo, el parágrafo 2077 del BGB alemán o el artículo 2317 del Código Civil portugués). Por ello, cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer en favor de su consorte, como ocurrirá de ordinario, y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquél, expresada con las solemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición (cfr. artículo 1343, como ejemplo de posibilidad de revocación aunque causal de disposiciones gratuitas en favor del cónyuge, en caso de extinción de la relación matrimonial).

Cuarto. Debe ahora dilucidarse si, como entiende el Registrador, para negar la inscripción de la escritura calificada puede apreciarse en la institución hereditaria la concurrencia de una causa falsa en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia, conforme al artículo 767 del Código Civil.

En esta materia dicho precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquélla («falsa causa non nocet»). Este criterio pasó al Código Civil a través de las Partidas («falsa o mintrosa razón diziendo el testador, quando ficiesse la manda, non le empece nin se embarga por ella»; Sexta Partida, Título IX, Ley XX), y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977).

En el presente caso ha de tenerse en cuenta: a) Que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «esposa» y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código Civil; b) Que en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. artículo 739 del Código Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria; c) Que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que ésta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de éste que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código Civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, pues, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquél, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las Sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997 y 23 de junio de 1998, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevenida, circunstancia ésta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio), pero nada impide que de la interpretación de la real *voluntas testatoris* del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el de cuius no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo

Entendió que el registrador no puede apreciar la ineficacia de la disposición testamentaria, pero "a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que ésta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de éste que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código Civil".

No es posible en este lugar abordar este interesante tema con mayor detenimiento. El paralelismo entre el nacimiento de un hijo después de otorgado testamento con el divorcio, nulidad o separación parece evidente, siempre y cuando no se confunda el problema de la preterición no intencional con la protección de la legítima. Si la alteración relevante de las circunstancias conduce a la apertura de la sucesión intestada (preterición no intencional, art. 814.1º y 2º), parece que el criterio que proporcionan los llamamientos a dicha sucesión puede ser utilizado como argumento de analogía. Si la ley no llama ni a los ex cónyuges ni a los separados en los casos del art. 945 (separados judicialmente o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente) tampoco debe entenderse que los llamaría quien dispuso sin prever esos acontecimientos. Esta es al menos la clara valoración que la ley hace. Hay que observar que algún sector de la doctrina ha querido aplicar el art. 945 a la legítima, lo que no me parece posible, porque la voluntad del causante es irrelevante respecto de ella. Por el contrario, cuando se trata de la sucesión que depende de la voluntad del testador, esas circunstancias y su valoración por la ley, parecen decisivas para excluir el llamamiento voluntario. También son importantes los arts. 102 y 106 Código civil que desde la presentación de las demandas de nulidad, separación o divorcio, disponen la revocación de los poderes y consentimientos que se hubieren otorgado los cónyuges. A pesar de que los poderes son normalmente revo-

conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria, si bien tal hipótesis sólo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso gubernativo, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, y ex analogía, 1284).

Por cuanto antecede, y habida cuenta que el Registrador se halla limitado en su calificación por lo que resulta del documento presentado y de los libros a su cargo (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) debe concluirse que el título hereditario objeto del recurso es susceptible de inscripción, sin perjuicio del derecho que asiste a los que se consideren perjudicados para instar un procedimiento declarativo en que se ventile la posible ineficacia de la institución hereditaria, con la correspondiente anotación de demanda que enerve los efectos de la fe pública registral».

cables, la Ley suple la omisión de su revocación. La analogía es importante. Ahora bien, lo decisivo es que el imprevisto cambio de circunstancias determinantes de la institución o legado debe considerarse que les priva de causa y produce su ineficacia (art. 767). Esta debe ser la regla general y quien pretenda mantener las disposiciones en los citados casos, debe otorgar nuevo testamento, pues tales disposiciones deben considerarse ineficaces.